

# REGJERINGSADVOKATEN

Arbeids- og inkluderingsdepartementet  
Postboks 8019 Dep  
0030 Oslo

**Deres ref Vår ref Dato**

04/3411-3 KAB 2005-0004 GOH/THS 01.02.2006

## **HØRING: NOU 2004:20 NY UTLENDINGSLOV**

### ***Innledning***

I brev 23.12.2004 fra Kommunal- og regionaldepartementet ble NOU: 2004:20 lagt ut til høring. Jeg viser til telefonsamtaler med Kenneth Baklund. Regjeringsadvokatens uttalelse er dessverre (etter utsettelsene) blitt betydelig forsinket grunnet undertegnede arbeidssituasjon. Vi har følgende merknader til forslaget, i tråd med den kronologien som er fulgt.

### ***Kapittel 4 Rettspolitisk utvikling internasjonalt, Folkerettens stilling i norsk rett***

I pkt 4.10 går utvalget inn for å videreføre gjeldende § 4 om forholdet til folkeretten i utkastet § 2. Som i dag vil dermed alle folkerettslige forpliktelser (hvilket selvsagt ikke omfatter re-kommandasjoner) i favør av utlendinger ha umiddelbar internrettslig virkning innenfor lovens virkeområde. Utvalget finner det verken nødvendig eller ønskelig å nevne noen konvensjoner særskilt. Regjeringsadvokaten støtter synspunktet.

### ***Kapittel 6 Beskyttelse***

Regjeringsadvokaten tar ikke standpunkt til utvalgets forslag om å gå vekk fra skillet mellom når en utlending har rett til beskyttelse og når vedkommende har rett til anerkjennelse som flyktning.

#### **6.2 Flyktningbegrepets innhold (s. 394 flg)**

I forslaget §§ 39 og 40 har utvalget tatt inn detaljerte bestemmelser om henholdsvis innholdet av forfølgelsesbegrepet og grunnlaget for forfølgelse, jf. flyktningdefinisjonen i § 38 første ledd bokstav a. Utvalget peker imidlertid selv (s. 395) på:

*”Forståelsen av forfølgelsesbegrepet i flyktningkonvensjonen, som er inkorporert i § 38 første ledd bokstav a, vil kunne utvikle seg over tid. En slik utvikling må i så fall reflekteres i tolkningen og anvendelsen av lovens forfølgelsesbegrep.”*

**POSTADRESSE: TELEFON: 22 99 02 00 GJESTEADRESSE:** POSTBOKS 8012 DEP DIREKTE  
INNVANG: 22 99 02 04 PILESTREDET 19 0030 OSLO TELEFAKS: 22 99 02 50 REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 2 av 13

Utkastet §§ 39 og 40 antas i det store og hele å reflektere det som i dag anses for å være gjeldende rett, selv om det kan være varierende syn på noen punkter. Spørsmålet er om det er nødvendig av pedagogiske grunner å gi noe mer detaljerte bestemmelser om flyktningbegrepet i lovteksten enn det som følger av § 38 første ledd bokstav a. Det er en viss fare for at en slik lov-festing kan bidra til å sementere rettstilstanden mer enn det utvalget legger opp til, jf. de betenkelighetene som ble fremmet på dette punktet i NOU av 1983. Slik sett kan det være mer hensiktsmessig å foreta den nødvendige utpenslingen av vilkårene i forarbeidene i stedet for å ta dem inn i lovteksten. På denne måten unngår man også at lovteksten ikke lenger reflekterer rettstilstanden dersom forfølgelsesbegrepet endres i forhold til dagens situasjon.

6.2.4 Beviskrav og risikokrav, jf også kap 6.9.2.4 (s. 117-120, 149, 392)

Regjeringsadvokaten slutter seg til utvalgets gjennomgang av bevis- og risikokrav i kommentarene til § 38 første ledd bokstav a (s. 392 i utredningen). Slik en forstår utvalget, foreslås det her å videreføre de krav til bevis og risiko som har blitt utviklet i praksis basert på gjeldende utlendingslov § 15 (likevel slik at kravene nå også skal gjelde spørsmålet om utlendingen kvalifiserer som flyktning).

Enkelte andre steder i utredningen kan det likevel synes som om utvalget gir uttrykk for lempe-ligere krav til bevis og risiko, enn praksis synes å gi grunnlag for. I punkt 6.9.2.4 heter det:

*”Utvalget finner det klart at man ikke kan operere med noe generelt prinsipp om sannsynlighetsovervekt i bevismessig sammenheng når det gjelder anførsler knyttet til beskyttelse. Det vises til det som er beskrevet i kapittel 6.2.4.2 om behovet for å la tvil komme søkeren til gode i tilfeller hvor vedkommende framstår som generelt troverdig.”*

Regjeringsadvokaten er enig med utvalget i at gjeldende praksis ikke krever at utlendingen sannsynliggjør sitt krav etter § 15, selv om vedkommende må gi de opplysninger og fremlegge de dokumenter han kan. Det avgjørende reelt sett synes å være en samlet vurdering av om det foreligger en reell risiko for forfølgelse. Uttalelser som i sitatet ovenfor, kan imidlertid gi inntrykk av at det nærmest skal legges en strafferettslig bevisvurdering til grunn i de tilfeller hvor utlendingen framstår som generelt troverdig. Dette gir etter Regjeringsadvokatens syn ikke et dekkende bilde av gjeldende rett, og synes heller ikke egnet som en generell bevisregel. Tatt på ordet legger det siterte avsnittet opp til at man først skal foreta en vurdering av utlendingens generelle troverdighet, noe som i seg selv er et lite presist vurderingstema, for deretter å la (enhver) tvil komme søkeren til gode hvis det ikke kan pekes på svakheter i denne generelle troverdigheten. Regjeringsadvokaten legger til grunn at utvalget ikke har ment å oppfordre til en slik framgangsmåte. Det bør presiseres at det her som ellers skal legges til grunn en samlet vurdering av bevisene i saken, og at utlendingens troverdighet er ett av de elementene som skal vektlegges i denne samlede vurderingen.

Betydningen av forsterket subjektiv frykt ved vurderingen av forfølgelse (s. 119, 149, utkastet § 38)

I praksis vil bevistemaet være prognosen for at utlendingen med rette kan frykte forfølgelse. Tilsvarende vil bevistemaet være om det foreligger slik fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Dette må baseres på en objektiv bedømmelse av risikoen, hvilket utvalget har lagt til grunn. I praksis vil enhver asyl-søker anføre subjektiv frykt i en eller annen grad. Subjektive oppfatninger er det her som i mange andre sammenhenger meget vanskelig for myndighetene å bedømme og forholde seg til. Det blir et vanskelig bevistema dersom saken skal prøves for retten. Utvalget vil overlate til

## REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 3 av 13

praksis å vurdere i hvilken grad en forsterket subjektiv frykt kan tillegges vekt i en samlet vurdering. Regjeringsadvokaten finner det uklart hvor langt praksis kan og bør gå i å tillegge subjektiv frykt betydning. Det er derfor etter vårt syn riktig at det ikke legges føringer i for-arbeidene om dette, se utredningen s. 149.

### Tidspunkt for risikovurderingen

Utvalget har lagt til grunn at risikoen skal vurderes på vedtakstidspunktet, eventuelt på utreise-tidspunktet dersom situasjonen har endret seg. Vi er enig i det.

### 6.2.6 Internflukt (s. 121-122, 152, utkastet § 39 nr. 4)

Regjeringsadvokaten savner grunnen til at regelen i nr. 4 bare skal gis anvendelse i § 38 første ledd bokstav a-tilfellene, og ikke i bokstav b-tilfellene. Riktignok viser utvalget til at vurderingstemaet i bokstav b gjelder "ved tilbakevending til hjemlandet". I dette ligger det kanskje at utlendingen må være forfulgt i hele hjemlandet? Men det er vanskelig å se at det vil være noen slik forskjell på vurderingstemaene at det kan begrunne ulik regulering.

### 6.2.7 Sur place-tilfeller

Utvalget går inn for at man anerkjenner flyktningstatus i videre utstrekning enn hva som til nå har vært norsk praksis i relasjon til de subjektive sur place-tilfellene (beskyttelsesbehov oppstått etter at utlendingen forlot hjemlandet, på grunn av søkerens egne handlinger). Imidlertid skal det gjøres unntak for de saker hvor selve formålet med utlendingens handlinger utenfor hjemlandet har vært å oppnå oppholdstillatelse.

Utvalget har selv pekt på at det kan oppstå bevisproblemer. I de saker hvor utlendingsmyndighetene vurderer å nekte flyktningstatus i medhold av en slik bestemmelse, legger utvalget opp til et vanskelig bevistema. Tilsvarende vil gjelde for domstols-behandlingen av et vedtak som nekter flyktningstatus etter en slik bestemmelse. Regjeringsadvokaten etterlyser eksempler som viser hvilke situasjoner utvalget tenker på, eventuelt at det gis noen bevispresumsjoner i forarbeidene eller i loven. Eksempler kan være om det har vært spor av aktiviteten tidligere eller om aktiviteten begynner under behandlingen av asylsøknaden, klagebehandlingen eller eventuelt senere under domstolsbehandlingen.

### 6.9.3 Beskyttelse for personer som faller utenfor flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2)

Regjeringsadvokaten går som nevnt ikke inn i vurderingen av om også personer som faller utenfor flyktningkonvensjonen, skal få status som flyktning etter den nye loven. Men vi bemerker at løsningen valgt i utkastet § 38 innebærer at norsk utlendingslov vil inneholde en annen og videre definisjon av "flyktning" enn den som følger av

Flyktningkonvensjonen. Det kan spørres om dette er pedagogisk heldig. Uttrykket "utlending som trenger beskyttelse (asyl)", slik det brukes i overskriften til utkastet § 38, blir da synonymt med det internrettslige flyktning-begrepet. Og dette begrepet vil være videre enn konvensjonens flyktningbegrep. Dette kan fryktes å virke forvirrende. Kanskje kan dette løses ved å nytte betegnelsen "asyl" eller "den som tilfredsstillte vilkårene for asyl" som samlebetegnelse på begge kategoriene under § 38 nr. 1?

Under punkt 6.9.3 redegjøres det for beskyttelse for personer som faller utenfor flyktningkonvensjonen art. 1A(2), men som likevel er folkerettslig vernet mot utsendelse. I praksis vil det være EMK art. 3 som er den aktuelle bestemmelsen. Under omtalen av Menneskerettsdomstol-ens tolkning av EMK (s. 153) uttaler utvalget: REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 4 av 13

"...Mens man i norsk praksis aldri vil kunne følge en mer restriktiv praksis enn Menneskerettsdomstolen, er det ikke noe til hinder for at praksis følger en mer liberal tolkning."

Det er korrekt at vurderingen av om utlendinger skal gis et mer omfattende vern enn det som følger av EMK art. 3, er opp til nasjonale lovgivende myndigheter. Som et direktiv på bakgrunn av den bestemmelsen som er foreslått i § 38 første ledd bokstav b, synes imidlertid uttalelsen ovenfor å gå lenger enn det er grunnlag for. Så lenge vilkåret i henhold til lovforslaget er at Norge skal være folkerettslig forpliktet til ikke å sende vedkommende ut av landet, vil det nettopp være den folkerettslige plikten som blir nasjonale myndigheters (inkludert domstolers) vurderingstema. I vurderingen vil det ikke være adgang til å legge til grunn en mer liberal tolkning enn den Menneskerettsdomstolen anvender. I så fall gir man vern (og flyktningstatus) i tilfeller hvor man ikke er folkerettslig forpliktet til det, og således i strid med den lovbestemmelsen som er foreslått i § 38 første ledd bokstav b.

## Kapittel 7 Arbeidsinnvandring

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag om å opprettholde det lovtekniske skillet mellom arbeidsinnvandring for utlendinger omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen og andre utlendinger.

Kap. 7.6 Utvalgets vurderinger – arbeidsinnvandring fra land utenfor EØS-området  
Til kap. 7.6.5 Forholdet mellom lov og forskrift og styring av hovedprinsippene for arbeidsinnvandringen

Regjeringsadvokaten er enig med utvalget i at det synes nødvendig at loven fortsatt inneholder vide forskriftshjemler som gir rom for fleksibilitet og markedstilpasning i arbeidsinnvandringen. Det synes også hensiktsmessig å lovfeste de helt sentrale grunnvilkårene for oppholdstillatelse for å utføre arbeid, slik det er gjort i utvalgets utkast § 33 første ledd bokstav a-c.

Regjeringsadvokaten støtter videre utvalgets forslag om ikke å utforme lovteksten som en rettighetslov, men slik at Kongen i forskrift skal fastsette i hvilken grad arbeidstakere som oppfyller grunnvilkårene skal gis rett eller adgang til oppholdstillatelse.

## Kapittel 8 Familieinnvandring

Familieinnvandring relatert til ektefeller, samboer, barn og foreldre mv, er regulert i utvalgets lovforslag kapittel 8. Lovforslagets bestemmelser er i omfang betydelig utvidet som følge av at tidligere forskriftsregulering er foreslått inkorporert i lovteksten.

I lovforslaget er det etablert et prinsipielt skille mellom familiegjenforening og familieetablering. Regjeringsadvokaten deler utvalgets syn om at de praktiske problemstillingene gjerne er noe forskjellige for familiegjenforening og familieetablering for ektefeller, slik utvalget definerer disse begrepene. Det prinsipielle skillet utvalget trekker opp, synes imidlertid å ha gitt seg noe mindre utslag i ulik regulering i lovforslaget. I og med at skillet skal trekkes etter et tilsynelatende vanskelig kriterium, kan det reises spørsmål om skillet er hensiktsmessig og nødvendig, jf nærmere nedenfor.

Regjeringsadvokatens praksis knyttet til saker om familieinnvandring har fram til nå først og fremst knyttet seg til saker om proforma-ekteskap, jf nærmere nedenfor. REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 5 av 13

### 8.5.3 Familiegjenforening og 8.5.4 familieetablering.

Lovforslaget etablerer altså et skille mellom familiegjenforening og familieetablering. De to eneste bestemmelsene om familieetablering, §§ 58 til 59, gjelder imidlertid ektefeller, slik at skillet kun gjelder denne gruppen.

Trass i ulike bestemmelser er reguleringen likevel langt på vei parallell. Utkastets § 49 første ledd bokstav a-d, andre og tredje ledd, tilsvarer § 58 første ledd bokstav a-d, og femte ledd. Videre er § 49 fjerde ledd i stor grad parallell med § 58 andre ledd. I begge tilfeller har søkeren rett til oppholdstillatelse.

Forskjellen er først og fremst at det ved familieetablering for ektefeller også er regulert enkelte særproblemer i § 58 tredje, fjerde og sjette ledd, samt gitt en forskriftshjemmel i syvende ledd. Særproblemene gjelder proforma-ekteskap, ekteskap inngått ved fullmektig og mishandlingstilfeller hvor oppholdstillatelse vil være støtende.

Kriteriet for avgrensingen mellom §§ 49 nr 1 og § 58 nr 1, er hvorvidt parten har "levd i et etablert samliv med referansepersonen" i utlandet eller i Norge med oppholdstillatelse.

Hva som nærmere menes med "etablert samliv", framgår ikke av lovteksten. I utvalgets rede-gjørelse for hovedpunkter i utredningen, NOU 2004:20 pkt 2.1.4 s. 22, omtales familieetablering som særlige tilfeller med innvandring av ektefelle som gifter seg med en nordmann, eller en utlending som allerede har oppholdstillatelse i Norge, idet ekteskapet inngås. Det er imidlertid etter utvalgets forslag til utforming av bestemmelsene, uten betydning når ektefelle-ene giftet seg.

Avgrensingen reiser en rekke spørsmål, og vil kunne skape tvil. Et eventuelt samliv i utlandet vil kunne vise seg som et krevende bevisstema å bedømme for utlendingsmyndighetene. Dette er også påpekt av utvalget selv, i de generelle merknadene pkt 8.5.3.4.

Begrepet "etablert samliv" synes ikke nødvendigvis å forutsette at partene har bodd sammen. I utvalgets generelle merknader i pkt 8.5.1 er det brukt begrepet "å leve i husstandsfellesskap", mens dette ikke omtales senere. I den grad det ikke er tilsiktet et krav om samboerskap/husstandsfellesskap, vil det i praksis oppstå betydelige grensedragningsproblemer, med bevisproblematikk, eksempelvis ved ulike avarter av "avstandsforhold". Det kan være behov for at et krav om samboerskap/husstandsfellesskap framgår klart.

Med hensyn til varigheten av samlivet er det i de generelle merknadene i pkt. 8.5.3.4 på s. 216, og i utvalgets særmerknader til § 49 på s. 404, uttalt at det synes rimelig at det i nor-maltifellene kreves minst et halvt års samliv før det er naturlig å anse at samlivet faktisk er etablert. Dersom det skal eksistere minstekrav til tid, kan det reises spørsmål om ikke en slik avgrensing bør framgå av lovteksten eller forskrift. Det er ikke klargjort hva det siktes til med tilfeller utenfor det "normale".

Utvalget legger til grunn at kriteriet både vil medføre tolkningsmessig tvil, hvor grensedragningen må trekkes i praksis, samt utfordringer av bevismessig art, jf. utvalgets drøftelse i pkt 8.5.3.4. Etter Regjeringsadvokatens syn innebærer dette betydelig usikkerhet og hvor en grenseoppgang basert på enkelttilfeller vil være krevende.

REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 6 av 13

På bakgrunn av grensedragningsproblematikken og at bestemmelsene langt på vei er paral-lelle, kan det reises spørsmål om utredningens skille mellom familiegjeningforening og familie-etablering bør følges opp.

Det kan vel heller ikke utelukkes at problematikk rundt proforma, fare for mishandling/utnyt-telse eller ekteskap ved fullmektig, jf. reguleringen i § 58 nr 3, 4 og 6, også vil kunne oppstå ved enkelte familieetableringstilfeller, dersom avgrensingen av "etablert samliv" ikke prakti-seres snevert. Det vil i alle fall være formålstjenlig at det i forarbeidene eller loven ble stilt opp noe klarere kriterier for hva som er "etablert samliv".

#### 8.5.4 Familieetablering

Familiegjeningforening etter § 58 - Kravet til forholdets alvor – proforma mv

1. Utvalget legger på s. 226 høyre spalte til grunn at det er adgang til å avslå oppholdstillatelse dersom ekteskapet er inngått proforma, dvs. hvor det er helt uten faktisk realitet og er inngått kun med det formålet å omgå lovregler om innvandring. Utvalget uttaler at hjemmelen for å avslå i slike tilfeller må anses å følge av sedvanerettslige proformabetraktninger.

Regjeringsadvokaten vil bemerke at et avslag i et slikt tilfelle også følger direkte av en tolk-ning av utl. § 9 sammenholdt med uttalelser i lovforarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) på s. 61, hvilket må anses fastslått også gjennom rettspraksis.

2. Utvalget foreslår på s. 228 venstre spalte at vurderingstemaet skal være hvorvidt ekte-skapets "hovedsaklige formål har vært å etablere et oppholdsgrunnlag for søkeren". Dette antas å innebære en utvidelse av gjeldende rett hvor vurderingstemaet er om ekteskapet ute-lukkende er inngått med oppholdstillatelse for øyet. Utvidelsen framstår fra Regjeringsadvo-katens ståsted som fornuftig, da bevistemaet i disse sakene er krevende. Det er vel imidlertid neppe grunn til å overvurdere forskjellen på dette punktet. Utfallet av vurderingen beror i utpreget grad på skjønn, og de "objektive" momentene som utvalget har trukket fram på s. 228 høyre spalte, er sentrale.

3. I forbindelse med vurderingen av hvilke beviskravs- og bevisbyrderegler som skal gjelde, har utvalget på s. 229 høyre spalte gått inn for at det ikke skal sondres mellom tilfeller hvor realitetsvurderingen av ekteskapet skjer som ledd i søknad om opphold, eller tilbakekall av eller nektelse av forlengelse av gitt tillatelse.

Denne vurderingen framstår som fornuftig. Det er neppe grunn til å komplisere de materielle reglene på dette punktet med forskjellige regler for de to tilfellene.

4. Utvalget har på s. 229 høyre spalte gått inn for at det er tilstrekkelig med sannsynlighets-overvekt for at det skal kunne legges til grunn som bevist, at ekteskapet i hovedsak er inngått for å oppnå oppholdstillatelse. Utvalget har videre gitt uttrykk for at

bevisbyrden bør påhvile staten. Dette er etter Regjeringsadvokatens syn i samsvar med gjeldende rett, men en lovfest-ing framstår som hensiktsmessig.

REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 7 av 13

5. Utvalget har på s. 229 venstre spalte forutsatt at "avslagsbestemmelsen anvendes med var-somhet i forhold til de tilfeller hvor det ikke er klar grunn til å betvile at ekteskapet er ment å skulle ha en realitet."

Uttalelsen framstår som uklar. Betyr det at utvalget mener at det finnes en "mellomgruppe" av tilfeller hvor det er sannsynliggjort at ekteskapet er uten realitet, men hvor tillatelse likevel skal gis fordi bestemmelsen skal praktiseres med varsomhet? Dette kan i så fall ikke anses som en heldig eller ønsket rettstilstand. Enten er det sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er uten realitet, og i så fall skal oppholdstillatelse ikke gis, eller så skal tillatelse innvilges. Dette gjelder både hvor det ikke er sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er uten realitet og hvor det verken er sannsynlighetsovervekt for det ene eller annet bevisresultatet. Dersom utvalget er riktig oppfattet, og forslaget skal opprettholdes, bør det – bl.a. ut i fra likebehand-lingshensyn mv – i alle fall klargjøres i hvilke tilfeller man ser for seg at en slik tilbake-holdenhet skal praktiseres.

6. Utvalget har inntatt en særskilt bestemmelse i § 62 om generelle unntak fra retten til familieinnvandring.

Både første og andre ledd gir uttrykk for at tillatelse kan nektes. Det synes å ligge i denne "kan"-vurderingen at utlendingsmyndigheten i tillegg kan/må foreta en helhetsvurdering av om kompetansen skal brukes eller ikke, forutsatt at de øvrige inngangsvilkår er oppfylt.

Reguleringen er her likevel tilsynelatende noe ulik i lovforslagets tekst. I utkastets § 62 første ledd framgår det eksplisitt at unntak likevel ikke gjøres der det etter en helhetsvurdering er urimelig. I forslaget § 62 andre ledd framgår intet eksplisitt i lovteksten om helhetsvurdering, men det uttales i merknadene på side 410 andre spalte siste avsnitt at en sådan skal foretas. Det kan reises spørsmål om ikke lovteksten kan forenkles og samordnes, ved at det i lovteksten kun framgår at tillatelse kan nektes. Om kompetansen skal brukes i det enkelte tilfelle, vil så måtte bero på en helhetsvurdering foretatt av utlendingsmyndighetene.

Utkastets § 62 andre ledd omfatter bl.a. tilfeller der referansepersonen etter forespørsel "ikke samtykker" i at søkeren gis tillatelse. I de særskilte merknadene til bestemmelsen på side 410, framgår det at tanken bak bestemmelsen er å gjøre det klart at også en unnløstelse av å gi aktiv støtte til søknaden skal kunne gi grunnlag for å avslå den. Presiseringene i merknadene synes å gå lenger enn ordlyden i lovforslaget som nevner "ikke samtykker". Det kan for øvrig være noe uklart hva som menes med "ikke aktivt å støtte søknaden".

8.5.9.3 Situasjonen ved samlivsbrudd på grunn av mishandling

Etter utvalgets forslag til § 64 andre ledd kan det gis ny oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag til utlending som har vært samboer eller ektefelle med referanseperson etter §§ 49, 50 og 58 første ledd. Bokstav a omfatter tilfeller hvor samlivet er opphørt og "det er grunn til å anta at søkeren eller eventuelle barn har blitt mishandlet i samlivsforhold".

Disse forhold er i dag regulert av utlendingsloven § 8 andre ledd, jf utlendingsforskriften § 37 sjette ledd.

Det framgår av utvalgets særmerknader til bestemmelsen, s. 412, samt drøftelser i pkt. 8.5.9.3, at det ikke skal gjelde noe krav om sannsynlighetsovervekt for at mishandlingen har funnet sted. Utvalget viser til at det ofte vil være vanskelig for søkeren å etablere slik sannsynlighets-overvekt. Det nevnes at det hovedsaklige bevismaterialet i mange tilfeller kun vil være per-sonens egen forklaring, uten at mangelen på andre bevis kan legges denne til last. Selv om personen forklarer seg troverdig, angis det at dette ikke nødvendigvis skaper overvekt av

REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 8 av 13

sannsynlighet så lenge den annen part ikke er hørt. Det uttales at det er rimelig å legge søke-rens forklaring til grunn der denne er troverdig.

Regjeringsadvokaten er av den oppfatning av det generelt bør vises tilbakeholdenhet med å fra-vike de alminnelige beviskrav i sivile saker. Det vil kunne foreligge en rekke forvaltningssaker og vedtak, som er av inngripende karakter eller stor betydning, eventuelt også med en vanskelig bevissituasjon. Gjennomgående gjelder imidlertid også her de alminnelige beviskrav. De av utvalgets påpekte momenter og vanskeligheter ved "mishandlingstilfellene", bør kunne hånd-teres innenfor det alminnelige kravet til sannsynlighetsovervekt. Det må for hver enkelt sak foretas en konkret vurdering.

Utvalgets forslag innebærer – satt på spissen – at forvaltningen og domstolene skal legge til grunn at inngangsvilkåret om mishandling etter § 64 andre ledd er oppfylt, selv der det framstår som mest sannsynlig at mishandling ikke har forekommet. Det vil også kunne hevdes at en slik regel er betenkelig ut fra hensynet til den som beskyldes.

I alle fall bør en fravikelse av alminnelige beviskrav framgå uttrykkelig av loven, dersom dette er meningen.

## Kapittel 9 Innvandring på annet grunnlag

### 9.6 Opphold av sterke rimelighetsgrunner (jf utkastets § 47)

I omtalen på s. 265 til 267 er det gitt eksempler på hva som skal til for å kunne få opphold av sterke rimelighetsgrunner. Imidlertid sies det ikke noe om domstolenes prøving av en avgjør-else om ikke å gi opphold av sterke rimelighetsgrunner.

Etter rettspraksis ligger avgjørelsen av en søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunn-lag etter utlendingsloven § 8 andre ledd innenfor forvaltningens frie skjønn. Dette gjelder uten hensyn til om søknaden er begrunnet i "sterke menneskelige hensyn" eller i en "særlig tilknyt-ning til riket". Om dette se Rt. 1997 s. 1784, der det er uttalt følgende på s. 1795 (understreket her):

"Jeg innskyter at avgjørelsen av en søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag ligger innenfor forvaltningens frie skjønn og er i utgangspunktet unndratt domstolenes prøvningsrett. Det skal svært mye til for å sette et forvaltningsvedtak til side alene på det grunnlag at vedtaket er grovt urimelig. Det anføres ikke fra ankende part at departementets vedtak bygger på et uriktig eller mangelfullt faktagrunnlag, som i seg selv kan lede til ugyldighet. Avgjørende blir da en helhetsvurdering av om A må sies å ha en så klar og sterk "tilknytning til riket" at det er grovt urimelig ikke å gi ham oppholdstillatelse. Det annet vilkår for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag - "sterke menneskelige hensyn", jf utlendingsloven §8 annet ledd - er ikke påberopt for Høyesterett."

Det samme standpunktet er lagt til grunn i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 2003 s. 1287, se avsnitt 24:

”Spørsmålet i denne saken er om familien A skal gis rett til opphold etter utlendingsloven §8 annet ledd fordi « sterke menneskelige hensyn taler for det ». Domstolene vil i slike saker kunne prøve hva som er vurderingstemaet etter §8 annet ledd, men den konkrete avgjørelse av hvorvidt oppholdstillatelse skal gis, hører under forvaltningens frie skjønn, se Rt. 1997 s. 1784 på side 1795. Denne vurderingen kan

REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 9 av 13

bare prøves i samsvar med de alminnelige regler om domstolskontroll med forvaltningens frie skjønn.”

Regjeringsadvokaten forstår det slik at utvalget ikke tar sikte på å endre domstolenes rolle på dette punkt. Det bør derfor framgå av forarbeidene at den konkrete vurderingen av om det ”på grunn av særlige omstendigheter eller ut fra en totalvurdering av situasjonen ville framstå som urimelig å nekte opphold”, hører under forvaltningens frie skjønn, jf. utkastet § 47 nr. 1. Det samme gjelder anvendelsen av de enkelte momentene i avveiningen som er nevnt i § 47 nr. 2 til 6. Det bør også vektlegges i forarbeidene at utlendingsmyndighetene har langt bedre grunnlag for å ta stilling til disse spørsmål enn domstolene, gjennom sitt kjennskap til forholdene i andre land, erfaring i å vurdere troverdighet på dette feltet, og sitt direkte kjennskap til praksis. Disse forholdene, og det faktum at vurderingene jevnlig inkluderer innvandringspolitiske aspekter, til-sier at domstolene bør utvise atskillig varsomhet med å konkludere at det foreligger myndighets-misbruk som gir grunn til å sette skjønnet til side.

## Kapittel 12. Bortvisning og utvisning

### 12.2.1.1 Bortvisningsgrunner, jf kap 12.2.3.3

På s. 297 høyre spalte øverst uttaler utvalget seg om bortvisningsgrunnen etter gjeldende ut-lendingslov § 27 første ledd bokstav h, at utlendingen ikke har dekket utgifter som er blitt påført det offentlige i forbindelse med at utlendingen tidligere er ført ut av riket, jf utkastet § 17 første ledd bokstav j. Bestemmelsen må sees i sammenheng med gjeldende utlendingslov § 46 første ledd første punktum, som slår fast at utlendingen plikter å betale utgifter ved egen utreise, videreført i utkastet § 102. Denne bestemmelsen er kommentert av utvalget i punkt 13.4.3 på s. 346.

Regjeringsadvokaten har erfart at forståelsen av utlendingsloven § 46 om ansvar for utgifter ved egen utreise, lett byr på problemer. Spørsmålet er særlig hvordan bestemmelsen skal forstås med tanke på utlendinger som det kan reises spørsmål om vil reise frivillig. Politiet synes i noen sammenhenger å praktisere bestemmelsen slik at politiet må organisere utreisen for å være sikker på at vedkommende forlater Schengenområdet, altså uavhengig av om det er holdepunkter for at utlendingen vil reise frivillig. Praksis synes da å være at utlendingen må dekke de utgiftene staten har ved utsendelsen, for ikke å bli bortvist ved ny innreise etter utlendingsloven § 27 første ledd bokstav h.

Etter avgjørelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg 17. juni 2004 synes det tvilsomt om denne praksisen kan opprettholdes. Særlig gjelder dette for eskorteutgifter.

Kjæremålsutvalget uttaler der at det er et vilkår for å kunne kreve utgifter til vakthold dekket av utlendingen, at dette er nødvendig fordi utlendingen ikke vil forlate riket frivillig (utlendingsloven § 46 andre punktum), se kjennelsen side 5 avsnitt 26.



Fortsatt er det imidlertid et spørsmål om staten kan kreve dekket utgifter til utlendingens egen billett etter at reisen er organisert av staten, og eventuelt hvilke retningslinjer som gjelder for bestilling av slik billett.

En utlending som reiser frivillig, vil kunne hevde at han selv kan organisere reisen og at han ikke er ansvarlig for utgifter staten har som følge av at staten organiserer reisen.

Staten kan imidlertid hevde at det er en plikt å eskortere utlendingen slik at man forsikrer seg om at ved-kommende forlater Schengenområdet, og at reisen da må kunne organiseres av staten og utgiftene kreves tilbakebetalt av utlendingen.

REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 10 av 13

Etter Regjeringsadvokatens syn er det i forbindelse med lovarbeidet behov for en sam-ordning og avklaring av forpliktelsene etter Schengenavtalen og gjeldende utlendingslov § 27 første ledd bokstav h og § 46 (utkastet § 17 første ledd bokstav j og § 102).

12.3.3.1 Bør utvisning klassifiseres som straff? og 12.3.3.2 Hvem bør ta avgjørelser om utvisning?

Utvalget tar utgangspunkt i at EMD har slått fast at utvisning ikke anses som straff i relasjon til EMK og drøfter deretter om utvisning likevel bør klassifiseres som straff i norsk rett, alternativt om utvisning uansett bør besluttes av domstolene. Utvalgets konklusjon er at utvisning ikke bør klassifiseres som straff, og at dagens ordning med administrative vedtak og etterfølgende domstolskontroll bør videreføres.

Regjeringsadvokaten deler dette synet.

Utvalgets drøftelse av om utvisning bør klassifiseres som straff blir imidlertid hengende noe i luften. Det klargjøres ikke hva som menes med å "klassifisere" utvisning som straff, og hvilke konsekvenser det ville ha om utvisning eventuelt ble klassifisert slik. Er det krav om utvisning bare gjennom domstolsbehandling, særlige beviskrav, rett til forsvarer eller lignende man tenker på?

Regjeringsadvokaten antar det bør presiseres i forarbeidene at utvisning ikke er straff i relasjon til Grunnloven § 96. For øvrig er en enig med utvalget i at dagens ordning med administrative vedtak og etterfølgende domstolskontroll fungerer tilfredsstillende, og at ordningen bør videreføres.

12.3.3.3 Krav til strafferammen som grunnvilkår for utvisning på grunnlag av ilagt straff?

Etter gjeldende rett er strafferammen avgjørende for adgangen til å utvise pga ilagt straff. Utvalget drøfter om dette er det mest hensiktsmessige grunnlaget, eller om det i stedet burde være avgjørende hvilken straff som i det enkelte tilfelle er idømt.

Regjeringsadvokaten er enig med utvalget i de argumenter som anføres mot å la ilagt straff være avgjørende. I tillegg vil en peke på at dersom ilagt straff ble brukt som grunnvilkår, ville dette kunne få konsekvenser for avviklingen av straffesakene. Her er det nok å peke på at mulighetene for utvisning vil få langt større oppmerksomhet enn i dag, i og med at én dag fra eller til da vil kunne bli avgjørende for domfeltes rettsstilling. Samtidig vil Regjeringsadvokaten påpeke at ilagt straff allerede i dag inngår som en del av vurderingen av det straff-bare forholds alvor.

12.3.3.5 Begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger som har permanent oppholdstillatelse

I henhold til gjeldende utlendingslov § 30 andre ledd har personer som fyller vilkårene for bo-settingstillatelse utvidet vern mot utvisning, uavhengig av om det faktisk er gjort vedtak om å innvilge bo-settingstillatelse.

Utvalget mener det er uheldig at personer som ennå ikke har fått innvilget permanent oppholdstillatelse, kan påberope seg det utvidete vernet og foreslår derfor at det utvidede vernet ikke skal gjelde for personer som har begått en straffbar handling etter at vilkårene for permanent tillatelse var oppfylt, men som ennå ikke har fått innvilget slik tillatelse (utkastet § 79). Regjeringsadvokaten er enig med utvalget i dette.

REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 11 av 13

På andre siden vil Regjeringsadvokaten peke på at også utvalgets forslag kan føre til resultater som framstår som mindre rimelig, for eksempel når årsaken til at bosettingstillatelse ikke er innvilget er forhold som ikke beror på utlendingen selv. Et eksempel kan være eksepsjonelt lang saksbehandlingstid.

Regjeringsadvokaten støtter likevel utvalgets forslag, idet det i forholdsmessighetsvurderingen kan tas hensyn til det faktum at vilkårene for permanent oppholdstillatelse er oppfylt, og hvor lenge.

12.2.3.6 Bortvisning av personer som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen  
Utvalget uttaler at det bør framgå klart av ny utlendingslov at det vil være adgang til å bortvise en utledning som er omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjon.

Regjeringsadvokaten deler utvalgets oppfatning, og vil understreke at EØS-retten – på generelt grunnlag – stiller krav til forutberegnlighet.

Regjeringsadvokaten er videre enig med utvalget i at gjeldende utlendingslov § 57 første ledd bokstav b er overflødig, og ikke bør videreføres. Den konkrete vurderingen av om bortvisning bør finne sted, kan gjøres etter utledningsloven § 57 første ledd bokstav c. Samtidig vil man da gå klar av den eventuelle tvilen tolkningen av Rådskonklusjon 64/221 artikkel 3(1) reiser.

12.3.3.7 Begrensninger i adgangen til å utvise utledninger som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

Utvalget finner gjeldende utlendingslov § 58 fjerde ledd problematisk.

Regjeringsadvokaten har vanskelig for å se at det skulle være i strid med EØS-avtalens hoveddel eller sekundær-lovgivning at det knyttes sanksjoner til brudd på utlendingsloven. For øvrig er en enig i utvalgets generelle merknader til utlendingsloven § 58.

12.3.3.8 Forholdsmessighetsvurderingen

Utvalget foreslår at forholdsmessighetsvurderingen videreføres, men med to mindre endringer: For det første presiseres det at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. For det andre kommer forholdsmessighetsvurderingen også til anvendelse når utvisningen skjer av på grunn av hensynet til grunnleggende nasjonale interesser.

Regjeringsadvokaten er i tvil om det, slik utvalget foreslår, er hensiktsmessig i akkurat denne bestemmelsen å presisere at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Innen utlendingsforvaltningen er det fast etablert at Norges forpliktelser i henhold til (bl.a.) barnekonvensjonen blir vektlagt.

Kap 13: Saksbehandling, organisering av utlendingsmyndigheten med mer

13.1.8.1. Søkerens rett til å bli forelagt saksopplysninger.

Regjeringsadvokaten slutter seg til utkastet § 91, som innebærer begrensninger i forvaltningens plikt til å forelegge saksopplysninger for søkeren på eget initiativ, der søkeren oppholder seg i utlandet.

### 13.1.8.2 Partsbegrepet

Regjeringsadvokaten kan vanskelig se behovet for at herboende ektefelle og familiemedlemmer skal ha selvstendig rettslig klageinteresse over et avslag på søknad om opphold etter bestemmelsen om familieinnvandring i utlendingsloven § 9. Dersom søkeren selv ønsker å klage, even-

REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 12 av 13

tuelt ved hjelp av et familiemedlem, burde det i de aller fleste tilfeller ikke by på vanskeligheter å framskaffe fullmakt. Dersom søkeren selv ikke ønsker å klage, er det liten grunn til å gi klage-adgang til herboende ektefelle eller andre.

### 13.1.8.4 Begrunnelsesplikt i utlendingssaker

Regjeringsadvokaten vil presisere at det for avgjørelser som ikke er enkeltvedtak, ikke foreligger noen begrunnelsesplikt, i alle fall normalt ikke. Et praktisk viktig område der dette er aktuelt, er svar på begjæringer om omgjøring.

### 13.1.8.6 Taushetsplikt og utveksling av opplysninger

Regjeringsadvokaten er enig i at det foreslås hjemmel for å innhente opplysninger som er taushetsbelagte etter lov om sosiale tjenester og lov om barneverntjeneste.

I denne sammenheng vil en be om at det vurderes uttrykkelig å lovfeste at taushetspliktbestemmelsene i forvaltningsloven ikke er til hinder for bruk av opplysninger innhentet av utlendings-myndighetene ved behandlingen av nærståendes utlendingssaker.

I praksis får tjenestemenn i UDI eller UNE kjennskap til opplysninger i en utlendingssak, som har relevans for et familiemedlems utlendingssak. Vi antar dette skjer naturlig og med nød-vendighet i mange tilfeller gjennom parallell behandling av familiemedlemmers søknader. Også lignende konstellasjoner kan oppstå utenfor familieforhold. Det fremstår ikke som rimelig der-som taushetspliktsreglene må forstås slik at opplysningene ikke kan gjøres kjent for og benyttes i de øvrige familiemedlemmers saker, eventuelt i en mulig etterfølgende rettssak. (Hvilken vekt opplysningene bør ha, er en separat sak og må her som ellers vurderes konkret.) Når samme tjenestemann har kjennskap til begge sakene, kan det bli vanskelig for vedkommende å "null-stille seg" fullstendig ved behandling av saken(e). Innhenting av samtykke fra den det gjelder, eller fra departementet, synes lite praktisk. Det kan lett hende at opplysningene i stedet vekt-legges, uten at det kommer fram i vedtaket, og uten at opplysningene forelegges parten. Slik fremgangsmåte er lite tilfredsstillende. Således bør det vurderes å lovfeste uttrykkelig at taushetsplikt ikke er til hinder for å gjøre bruk av opplysninger fra en utlendingssak, i andre utlendingssaker. Om hjemmelen bør utformes generelt, eller begrenses til nærstående, vil ikke Regjeringsadvokaten ha noen formening om.

## 13.3 Informasjonsinnhenting

### 13.3.4.3 Fyllestgjørende saksopplysning

Regjeringsadvokaten er tilfreds med at plikten for asylsøkere til å framlegge nødvendig dokumentasjon og til å medvirke til innhenting av nødvendige opplysninger, lovfestes i utkastet § 104, på s. 429. Det vil imidlertid kunne være et pedagogisk poeng å synliggjøre sterkere at manglende etterlevelse av disse pliktene vil kunne få følger for vurderingen av asylsøkerens tro-verdighet.

## Kapittel 14: Bestemmelser om straff og lovens virkeområde

Regjeringsadvokaten anser at det vil kunne være lettere å håndheve utlendingsloven ved at det innføres en gebyrordninger mot mindre alvorlige overtredelser av loven, som det tidligere ikke har vært pønale reaksjoner mot.

REGJERINGSADVOKATEN Brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet Side 13 av 13

#### Vernetingsreglene i utlednings saker

Søksmål om gyldigheten av Utlendingsnemnda og Utlendingsdirektoratets vedtak i saker om asyl, om opphold i Norge på annet grunnlag og saker om utvisning, må etter gjeldende rett reises for Oslo tingrett, jf. tvistemålsloven §§ 17, 21 og 439. Kreves bare midlertidig forføyning, er Oslo byfogdembete den kompetente domstolen. Dette er jevnlig saker som haster ganske meget og i flertallet av stevningene begjæres det midlertidig forføyning etter reglene i tvfbl kap 15. Sakene reiser relativt kompliserte rettsspørsmål, slik at det er en fordel at den domstol som skal behandle sakene har et volum av saker for derved å kunne få ønskelig erfaring og ekspertise på sakstypen. Et viktig bevismiddel vil regelmessig være vitneforklaring fra utlendingsmyndighetenes landrådsgiver, som er organisert i den såkalte Landinfoenheten, som ligger i Oslo.

Den nye tvisteloven planlegges satt i kraft 1. juli 2007, jf. Justisdepartementets hørings sak 200509078 ES STB/mk (se Odin). Etter § 4-5(8) i den nye tvisteloven kan saksøkeren velge å reise søksmål mot staten ved sitt alminnelige vernetings, som etter § 4-4(2) er der saksøkeren har bopel. I alle fall i en del saker om asyl, kan det være noe usikkert om saksøkeren kan sies å ha fast bopel noe bestemt sted i landet. Har ikke saksøkeren det, følger det av tvisteloven 4-4(4) jf. § 4-4(1) at søksmål må reises i Oslo. Det kan også vises til domstoloven § 39, som henfører søksmål uten bestemt stedlig tilknytning i riket, til behandling i Oslo.

Særtrekkene ved utlednings saker ble tatt opp i Regjeringsadvokatens høringsuttalelse til NOU 2001:32, se omtalen i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 159. Departementet uttalte (s. 160) at "(s)kal det innføres en særlig regel om vernetings i utlednings saker, bør det i tilfelle skje ved en bestemmelse i utlendingsloven."

Regjeringsadvokaten vil på denne bakgrunn minne om den tidligere høringsuttalelsen og anmode Arbeids- og inkluderingsdepartementet vurdere om det bør gis en særregel i utlendingsloven. Et forslag til utforming kan være:

"Søksmål om lovmessigheten av Utlendingsnemndas vedtak etter loven her, reises for Oslo tingrett. Tilsvarende gjelder søksmål om gyldigheten av Utlendingsdirektoratets vedtak."

Det tilføyes at tvisteloven § 4-5 ikke vil gjelde for saker om midlertidig forføyning, jf. tvisteloven § 32-2. Det er dermed ikke nødvendig med noen særregulering av vernetings i forføyningssaker i utledningsloven.

\* \* \*

Dette brevet er også sendt ved e-post til [kenneth.baklund@aid.dep.no](mailto:kenneth.baklund@aid.dep.no).

Vennlig hilsen

REGJERINGSADVOKATEN

Tolle Stabell

advokat